

University of Groningen

Het arrest IAE/Neo-River gezien vanuit art. 348 Sr en art. 3:40 BW

Karapetian, A.

Published in:
Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2017

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Karapetian, A. (2017). Het arrest IAE/Neo-River gezien vanuit art. 348 Sr en art. 3:40 BW. *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 148(7153), 447-453.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Het arrest IAE/Neo-River bezien vanuit art. 348 Sr en art. 3:40 BW



Mw. mr. A. Karapetian*

1. Inleiding

De uitspraak van de Hoge Raad in *IAE/Neo-River* veroorzaakte niet zoveel reuring in de Nederlandse rechtsliteratuur.¹ Het rechtscollege oordeelde hierin dat de houder van een openbaar pandrecht op een vordering geen andere bevoegdheden toekomen dan de inning van de verpande vordering en de opzegging die gericht is op het opeisbaar worden van de verpande vordering.² De uitspraak bevestigde de in de literatuur meest aangehangen opvatting dat toepassing van art. 3:246 BW meebrengt dat alle schuldeisersbevoegdheden die de wet niet expliciet aan de pandhouder toekent, voorbehouden blijven aan de pandgever.³ Die opvatting is terug te voeren op de memorie van antwoord uit 1971 waarin de minister zich in soortgelijke bewoordingen uitlaat over art. 3:246 BW.⁴ Auteurs die een andere interpretatie van die bepaling voorstonden, ontleenden vooral argumenten aan het wetssysteem.⁵ Onlangs kregen zij ook bijval uit wetshistorische hoek waarbij de sterk wetshistorische argumentatie van de Hoge Raad onder een vergrootglas wordt gelegd.⁶ Hoewel het college zich in de uitspraak gevoelig toont voor de positie van de pandhouder en in dat verband wijst op de mogelijkheden in de wet om een onoorbare uitoefening van schuldeisersbevoegdheden door de pandgever aan te vechten, gaat het zowel bij de *actio pauliana* als de onrechtmatige daad om instrumenten die dienen ter reparatie van de voor het tenietgaan van het pandrecht bestaande toestand. Daarbij rust het insolventierisico van de pandgever en de debiteur van de verpande vordering bij de pandhouder en dient de pandhouder bovendien ter staving van zijn vordering het nodige te stellen en te bewijzen. In deze bijdrage wordt met het oog op de nietigheidssanctie van art. 3:40 BW onderzocht hoe bestendig een uitoefening van de door de Hoge Raad bedoelde bevoegdheden is indien deze niet anders dan met overtreding van art. 348 Sr kan plaatsvinden. Voorafgegaan door een korte schets van de feiten in *IAE/Neo-River*, wordt in de eerste plaats gezien onder welke omstandigheden sprake is van een strafbare onttrekking aan pandrecht ingevolge art. 348 Sr. Vervolgens wordt besproken welke sanctie art. 3:40 BW verbindt aan rechtshandelingen waaraan enkel uitvoering kan worden gegeven met overtreding van een wettelijk voorschrift. Aansluitend komt de vraag aan de orde in welke gevallen tot rechtshandelingen te herleiden gedragingen van de pandgever in strijd met art. 348 Sr nietig zijn op

grond van art. 3:40 BW. Afgesloten wordt met een conclusie.

2. Concrete probleemstelling, de feiten in IAE/Neo-River

De feitelijkheden die in *IAE/Neo-River* aan de orde waren, bieden een goede illustratie van de bovengenoemde probleemstelling. De beslissing van de Hoge Raad zag in de volgende casus haar aanleiding. Neo River produceerde een voedingssupplement voor de distributie waarvan zij een distributieovereenkomst had gesloten met Osata. Osata had op haar beurt de uit het contract voortvloeiende distributieverplichting uitbesteed aan een derde partij door middel van een subdistributieovereenkomst. Als Neo River op enig moment wegens vermeende wanprestatie van Osata de distributieovereenkomst met haar beëindigt, kan Osata haar verplichtingen jegens de derde partij ook niet nakomen. Ter verzekering van de vordering die de derde op Osata heeft, wordt een pandrecht gevestigd op de beweerde schadevergoedingsvordering die Osata tegen Neo River instelt.

* Als promovendus en docent verbonden aan de vakgroep Privaatrecht en Notarieel Recht van de Rijksuniversiteit Groningen.
(a.karapetian@rug.nl)

1. HR 21 januari 2014, *NJ* 2015/82 (*IAE/Neo-River*), m.nt. H.J. Snijders.
2. In HR 9 december 2016, *NJ* 2017/2 besliste de Hoge Raad dat in het verlengde van de inningsbevoegdheid ex art. 3:246 lid 1 BW de pandhouder na de mededeling van het pandrecht ook de bevoegdheid heeft het faillissement van de debiteur aan te vragen.
3. Een greep uit de literatuur: Asser/Hartkamp 6-I 1992/619; R.P.J.L. Tjittes, *Afstand van recht* (Monografieën Nieuw BW A6a), Deventer: Kluwer 1992, nr. 22; T&C Burgerlijk Wetboek (2011), art. 3:246 BW, aant. 6 (Huijgen); J.W.A. Biemans, *Rechtsgevolgen van stille cessie* (Serie Onderneming en Recht deel 65), Deventer: Kluwer 2011, nr. 473 en 474; A. Steneker, *Pandrecht* (Monografieën BW nr. B12a) 2012/55; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013/319.
4. MvA II, Parl. Gesch. Boek 3 algemeen, p. 773.
5. Zie bv. W.C.L. van der Grinten, 'Boekbeschuwing Asser/Hartkamp, Verbintenissenrecht deel I, De verbintenis in het algemeen', *RMThemis* 1993, p. 458; A.J. Verdaas, 'Stil pandrecht op vorderingen (Serie Onderneming en Recht deel 43)', Deventer: Kluwer 2008, nr. 350 en 351; M.H.E. Rongen, *Cessie* (Serie Onderneming en Recht deel 80), Deventer: Kluwer 2012, nr. 525.
6. Zie V.J.M. van Hoof, 'Immun'Age/ Neo-River en selectief gebruik van de wetsgeschiedenis', *TvI* 2016/20.

De akte wordt geregistreerd en na het vonnis in eerste aanleg wordt aan Neo River mededeling van het pandrecht gedaan. In dat vonnis wordt de vordering van Osata afgewezen. In het hoger beroep dat Osata en de derde partij hiertegen instellen, geeft Osata op den duur te kennen de procedure niet voort te zetten en te berusten in het vonnis van de rechtbank. Het hof kwalificeert deze proceshouding als het uitvloeisel van een overeenkomst van afstand van recht in de zin van art. 6:160 BW.⁷ Aangezien het tenietgaan van het moederrecht ook gevolgen heeft voor het voortbestaan van daarop rustende beperkte rechten, zou dit oordeel van het hof betekenen dat het pandrecht van de derde partij teniet is gegaan. Zoals bekend, oordeelde de Hoge Raad dienovereenkomstig.

Afstand van recht is hiermee een bevoegdheid die de pandgever ondanks de verpanding en ongeacht de vraag of er mededeling van het pandrecht is gedaan, kan uitoefenen. Een andere categorie schuldeisersbevoegdheden die ingevolge 's Raads uitspraak bij de pandgever achterblijft, is bijvoorbeeld de verrekening ex art. 6:127 BW en het treffen van betalingsarrangementen met de debiteur van de verpande vordering. Deze handelingen van de pandgever kunnen tot gevolg hebben dat de vordering van de pandgever op zijn debiteur aan het pandrecht van de pandhouder wordt onttrokken. De vraag dient zich aan onder welke omstandigheden dit strafbaar is op grond van art. 348 Sr.

3. Strafbare onttrekking aan pandrecht

In art. 348 lid 1 Sr is strafbaar gesteld *'hij die opzettelijk zijn eigen goed of, ten behoeve van degene aan wie het toebehoort, een hem niet toebehorend goed onttrekt aan een pandrecht, een retentierecht of een recht van vruchtgebruik of gebruik van een ander'*. Op het plegen van dit delict staat een gevangenisstraf van ten hoogste een jaar en zes maanden. In het vervolg van deze bijdrage blijft de positie van de andere gerechtigden dan de pandhouder buiten beschouwing.

De delictsgedraging behelst het opzettelijk onttrekken van een goed aan het pandrecht. Naar aanleiding van de invoering van het Nieuw BW werd in 1989 ook art. 348 Sr gewijzigd waar het eerst sprak van 'onttrekking aan een zaak'. Daarbij werd terminologisch aangehaakt bij het nieuwe art. 3:1 BW waarin de term 'goed' zowel stoffelijke objecten als vermogensrechten omvat.⁸ Goederen die krachtens deze bepaling aan het pandrecht kunnen worden onttrokken, omvatten derhalve zowel zaken als vermogensrechten.

Onder onttrekken valt in de eerste plaats het stellen van een handeling die tot gevolg heeft dat het pandrecht niet meer kan worden uitgeoefend.⁹ In deze primair feitelijke interpretatie van de delictsgedraging 'onttrekken' vallen ook gedragingen die in

principe in civilibus als legitiem worden beschouwd. Zo zou het in ontvangst nemen van een betaling door de pandgever vóór de mededeling – al dan niet na actieve aanmaning – reeds onder het bereik van art. 348 Sr vallen aangezien de pandgever uit de aard der zaak weet dat daarmee het op de vordering gevestigde pandrecht teniet zal gaan. Dit is niet in overeenstemming te brengen met de regel van art. 3:246 lid 1 BW op grond waarvan de pandgever tot het moment van de mededeling inningsbevoegd is. En ook het door de eerste pandhouder van een verpande zaak executeren van die zaak zou een 'opzettelijke onttrekking' behelzen indien hij weet dat als gevolg daarvan het pandrecht van de tweederangs pandhouder zal tenietgaan. Om een gerechtvaardigde uitoefening van civielrechtelijke bevoegdheden buiten het bereik van art. 348 Sr te plaatsen, ligt het voor de hand het bestanddeel 'onttrekking' normatief op te vatten. De normativiteit schuilt in de wederrechtelijkheid van de gedraging die, hoewel niet expliciet opgenomen in art. 348 Sr, als impliciet bestanddeel bij de 'onttrekking' aanwezig kan worden geacht.¹⁰ Strafbaar in art. 348 Sr is in deze uitleg derhalve degene die opzettelijk wederrechtelijk een goed aan een pandrecht onttrekt. De Hoge Raad hanteert bij vermogensdelicten een ruim begrip van de wederrechtelijkheid.¹¹ Wederrechtelijk is daarbij niet 'zonder eigen bevoegdheid', maar 'in strijd met het recht' hetgeen ziet op de maatschappelijke betamelijkheid van de gedraging in haar totaliteit. Tegen deze achtergrond valt ook de betreffende recente uitspraak van de Hoge Raad inzake art. 348 Sr beter te begrijpen.¹² Het ging daarin, kort gesteld, om de overdracht van een verpande auto terwijl vaststond dat de koper wegens haar kennis van het pandrecht niet tegen dit recht beschermd werd op de voet van art. 3:86 lid 2 BW en een met een pandrecht belaste auto in eigendom kreeg. Het pandrecht bleef intact en bovendien stond niet vast dat de executie van het pandrecht feitelijk werd belemmerd omdat de auto niet ter beschikking stond.¹³ De Hoge Raad accordeerde het

7. In de weergave van de overwegingen van het hof wordt onder 3.3.2 sub b vermeld dat Neo River de overeenkomst van afstand zoals vereist in art. 6:160 wordt geacht te hebben aanvaard.
8. *Kamerstukken II* 1982/83, 17896, 3, p. 14, 15.
9. Noyon/Langemeijer/Remmelink, *Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Kluwer 1992, aant. 3 bij art. 348 Sr.
10. Vgl. de delictsgedraging van mishandeling ex art. 120 Sr en het 'binnendringen' in art. 138 Sr die als gedraging de wederrechtelijkheid in zich bergen. Zie Noyon/Langemeijer/Remmelink, aant. 14 bij Wederrechtelijkheid.
11. HR 29 april 1935, *NJ* 1936/50 (art. 326 Sr); HR 21 februari 1938, *NJ* 1938/929 (art. 326) en HR 9 februari 1971, *NJ* 1972/1 m.nt. CB (art. 317 Sr).
12. HR 22 april 2014, *NJ* 2015/184 m.nt. A.I.M. van Mierlo.
13. Zie voor een bespreking van het arrest A. Karapetian, 'De betekenis van het onttrekkingsbegrip van art. 348 Sr', *TvI* 2014/42.

oordeel van het hof dat niet alleen gedragingen die tot gevolg hebben dat het pandrecht teniet gaat onder onttrekking vallen, maar ook gedragingen die ertoe strekken de uitoefening van het pandrecht te beletten. Indien de wederrechtelijkheid in ruime zin als impliciet bestanddeel van art. 348 Sr wordt gehanteerd, past deze overweging in de lijn van de uitleg bij vermogensdelicten waarbij de wijze waarop een (privaatrechtelijke) bevoegdheid wordt uitgeoefend bepalend kan zijn voor het oordeel dat de gedraging wederrechtelijk is. In de besproken zaak had de pandhouder reeds enkele malen aanstalten gemaakt tot executie van het pandrecht en was daadwerkelijke executie afgewend door het treffen van een betalingsregeling. Het is maatschappelijk onbetamelijk, zo kan de overweging van de Hoge Raad worden begrepen, om de actieve houding van de pandhouder in zijn voornemen tot het nemen van verhaal te verhinderen door het overdragen van de verpande auto – ook al had de pandgever daarbij gebruik gemaakt van de hem in civilibus gegeven bevoegdheid de auto onder last van het pandrecht te vervreemden.

Voor strafbaarheid wegens schending van art. 348 Sr is voorts vereist dat de onttrekking opzettelijk geschiedt. Opzet op de onttrekking houdt in dat degene die de onttrekkingshandeling verricht in ieder geval moet weten van het bestaan van het pandrecht en bekend dient te zijn met de gevolgen die zijn handelingen hebben met betrekking tot de uitoefening van het pandrecht. Voor de vervulling van het opzet volstaat dat de pleger bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat (de uitoefening van) het pandrecht van de pandhouder zou worden aangetast (het zogenoemde voorwaardelijk opzet). Immers, de wetsgeschiedenis wijst als strekking van de strafbepaling aan de bescherming van de ‘regten van pand, terughouding, vruchtgebruik en gebruik’.¹⁴

De onttrekkingsgedraging is vanzelfsprekend niet beperkt tot feitelijke handelingen, maar kan ook beschikkingsdaden omvatten die hun oorsprong hebben in een rechtshandeling. De verpande zaak kan feitelijk zijn weggemoffeld, maar kan ook verkocht en geleverd zijn aan een derde met het tenietgaan van het pandrecht tot gevolg.¹⁵ De status van rechtshandelingen die strijdig zijn met de wet wordt bepaald aan de hand van de regels die art. 3:40 BW stelt voor het algemeen vermogensrecht.

4. Art. 3:40 en in strijd met de wet verrichte rechtshandelingen

In de literatuur pleegt te worden aangenomen dat art. 3:40 BW voor wat betreft de strijdigheid met de wet een onderscheid maakt tussen rechtshandelingen waarvan de totstandkoming in strijd is met de wet, waarvan de prestaties waartoe de rechtshandeling strekt strijdig zijn met de wet en rechtshandelingen waarvan de prestaties niet anders dan met

schending van een wettelijk voorschrift kunnen worden uitgevoerd.¹⁶ De eerste categorie die de totstandkoming van de rechtshandeling betreft, wordt beoordeeld aan de hand van lid 2 van art. 3:40 BW. De overige categorieën zijn onderworpen aan de regels die in lid 1 zijn neergelegd. Indien het gaat om rechtshandelingen waarvan de overeengekomen prestaties dan wel de handelingen die ter voldoening van die prestatie verricht dienen te worden strijdig zijn met de wet, wordt aan de hand van lid 1 bezien of de goede zeden of de openbare orde tot nietigheid voeren.¹⁷ Het onderscheid tussen lid 1 en lid 2 is met name relevant met het oog op de sanctie die de wet aan de desbetreffende rechtshandelingen verbindt. Terwijl lid 2 onder omstandigheden in strijd met de wet tot stand gekomen rechtshandelingen vernietigbaar maakt, schrijft lid 1 onverkort nietigheid voor.

Bij wettelijke bepalingen die de totstandkoming van rechtshandelingen verbieden, kan gedacht worden aan het klassieke voorbeeld van het kopen van een goed in strijd met de voorschriften van een op grond van de Prijzenwet vastgesteld besluit van de minister. Een dergelijk besluit kan het verbod inhouden een goed tegen een hogere dan de daarin aangegeven prijs te verkopen. De geldigheid van koopovereenkomsten die zijn gesloten buiten de bepaalde prijsmarges dient dan te worden beoordeeld op grond van art. 3:40 lid 2 BW. De verbodsbepaling van art. 348 Sr is niet van deze orde. Zij verbiedt niet de totstandkoming van daarmee strijdige rechtshandelingen, maar richt zich veeleer tot het door die rechtshandelingen teweeggebrachte gevolg: de onttrekking aan het pandrecht. Rechtshandelingen waar de sfeer van strijd met art. 348 Sr omheen hangt, dienen derhalve te worden aangevat met het regelstelsel dat in de rechtspraak en rechtsliteratuur is ontwikkeld met betrekking tot rechtshandelingen die verplichten tot door de wet verboden prestaties en rechtshandelingen waarvan de op zichzelf geldige prestaties niet anders dan met wetsovertreding kunnen worden verricht.

In de Toelichting Meijers is opgemerkt dat een overeenkomst die verplicht tot een bij de wet verboden prestatie altijd een strekking heeft die strijdig is met de openbare orde.¹⁸ In de latere parlementaire geschiedenis (MvA) is ruimte voor een andersluidend oordeel gelaten door toevoeging

14. H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, deel III, 1891, p. 4.

15. Dat is bijvoorbeeld het geval indien de regels van derdenbescherming zoals neergelegd in art. 3:86 BW toepassing vinden.

16. Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-III 2014/317.

17. Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-III 2014/317.

18. Toelichting Meijers, Parl. Gesch. BW Boek 3 1981, p. 191.

van de woorden ‘in beginsel’.¹⁹ De Hoge Raad nam in het arrest Esmilo/Mediq Apotheken uitdrukkelijk afstand van het oorspronkelijke uitgangspunt.²⁰ Hij overwoog dat een overeenkomst die verplicht tot een door de wet verboden prestatie (waaronder ook de prestaties worden verstaan die niet anders dan met overtreding van het wettelijk verbod kunnen worden uitgevoerd),²¹ niet langer bij wijze van mechanisch oordeel nietig is wegens strijd met de openbare orde of de goede zeden. Bij de beoordeling van de vraag of dit het geval is, dient de rechter acht te slaan op de belangen die door de geschonden regel worden beschermd, de vraag of de inbreuk de schending van fundamentele beginselen inhoudt, de bewustheid van partijen van de inbreuk op de regel en tot slot of de geschonden regel in een sanctie voorziet. In de afweging van deze gezichtspunten dient volgens de Hoge Raad de geldigheid van de rechtshandeling te worden bepaald.

5. Rechtshandelingen die onttrekken aan pandrecht nietig?

Afstand van het vorderingsrecht waarop het pandrecht rust, doet het pandrecht tenietgaan op grond van art. 3:81 lid 2 BW. De overeenkomst van afstand die in *IAE/Neo-River* aan de orde was, had dan ook tot gevolg dat het daarop rustende pandrecht niet meer kon worden uitgeoefend omdat het tenietging. Aangezien voor de vestiging van het pandrecht medewerking van de pandgever is vereist, spreekt het voor zich dat de pandgever wetenschap had van het pandrecht op de vordering waarvan afstand werd gedaan. Voor een opzettelijke onttrekking is ook vereist wetenschap van de gevolgen die de onttrekkingshandeling heeft voor het voortbestaan (en de uitoefening) van het pandrecht. Enig rechtskundig inzicht omtrent de systematiek van het pandrecht mag echter worden verondersteld. De gangbaarheid van het pandrecht als zekerheidsrecht in het huidige rechtsverkeer vormt hiertoe de rechtvaardiging.²² Bovendien is art. 348 Sr een commuun (vermogens)delict en in de strafrechtelijke literatuur wordt ten aanzien hiervan algemeen aangenomen dat niet alleen zijn bestaan maar ook zijn toepassing algemeen bekend wordt verondersteld.²³ In de rechtspraak over art. 348 Sr komt dit element van het opzet dan ook nauwelijks afzonderlijk aan bod.²⁴

Zoals hiervoor is betoogd, is aannemelijk dat het onttrekkingsbegrip van art. 348 Sr de wederrechtelijkheid impliceert. Dit werpt allicht de vraag op onder welke omstandigheden afstand van het vorderingsrecht als onttrekkingsgedraging wederrechtelijk moet worden geacht. Deze vraag is tegen het licht van de overwegingen van de Hoge Raad in *IAE/Neo-River* moeilijker te beantwoorden dan zij lijkt. Het doen van afstand van de verpande vordering mag dan immers wel het tenietgaan van het door art. 348 Sr beschermde pandrecht tot gevolg hebben, het geldende recht sinds *IAE/Neo-River*

luit nu eenmaal dat de pandgever de bevoegdheid tot afstand behoudt ongeacht de mededeling van het pandrecht. De pandgever die afstand van recht doet, oefent, zo kan worden beredeneerd, een hem in het privaatrecht toekomende bevoegdheid uit. Een begin van een antwoord ligt mogelijk in de stelling dat het hebben van een bevoegdheid niet meebrengt dat de uitoefening ervan onder alle omstandigheden gelegitimeerd is. Ook de Hoge Raad onderkent in *IAE/Neo-River* dat de uitoefening van de desbetreffende schuldeisersbevoegdheden paulianeus (en onrechtmatig) kan zijn. De beoordeling van het paulianeuze en onrechtmatige gehalte van de gedraging vereist in het civiele recht wel een afweging van alle omstandigheden. Daarbij zal de vraag of ten tijde van de kwestieuze gedraging de betrokkenen wetenschap hadden van benadeling een centrale plaats innemen. Het is de vraag of de beoordeling van het wederrechtelijke karakter van de onttrekking in art. 348 Sr eenzelfde inhoud heeft. De *actio pauliana* en de onrechtmatige daad zijn per slot van rekening verhaalsinstrumenten en het ontbreken van (de wetenschap van) benadeling vormt een logisch daaruit voortvloeiend obstakel voor het inzetten ervan. De bepaling van art. 348 Sr bevat daarentegen, anders dan de tot voor kort zogeheten bankbreukbepalingen²⁵, geen afzonderlijke eis van benadeling en strekt blijkens de wetsgeschiedenis tot bescherming van het recht van pand. *A fortiori*, blijkens de hiervoor behandelde uitspraak van de Hoge Raad inzake de vervreemding van de verpande auto is voor veroordeling wegens overtreding van art. 348 Sr niet vereist dat het pandrecht is tenietgegaan. Als gezegd, lijkt hierin de actieve houding van de pandhouder tot uitwinning van het pandrecht te verklaren waarom het oordeel van het hof dat de vervreemding met overtreding van art. 348 Sr ertoe strekte de uitoefening van het pandrecht te beletten, in cassatie in stand bleef.

19. MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 192.

20. HR 1 juni 2012, *NJ* 2013/172 (*Esmilo/Mediq Apotheken*) m.nt. E. Tjong Tjin Tai.

21. Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-III 2014/325c.

22. Dit neemt niet weg dat indien kan worden aangetoond dat dit inzicht ontbrak bij een van de bij de overeenkomst van afstand betrokken partijen, dit een opzetsluitend effect heeft. Zie G.A.M. Strijards, *Facetten van rechtsdwaling*, Arnhem: Gouda Quint 1983, p. 119.

23. J. de Hullu, *Materieel Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 355.

24. Zie bv. Rb. Breda, 27 april 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BQ3025, waarin de rechtbank voor de bewezenverklaring van de onttrekking verwijst naar bewijsstukken waaruit wetenschap van de verdachte van het bestaan van het pandrecht blijkt. Vgl. Hof Leeuwarden 9 augustus 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BN3512.

25. Zie art. 340, 341, 342, 343 Sr.

Het voorgaande in ogenschouw nemend, ligt een mogelijke beantwoording van de in de vorige alinea geponeerde vraag in de vaststelling van het moment vanaf wanneer de uitoefening van de bevoegdheid tot afstand van de verpande vordering in strafrechtelijke zin als onbetamelijk moet worden geoordeeld. Het is verdedigbaar dat dit moment samenvalt met de mededeling van het pandrecht aan de debiteur van de verpande vordering. Bij een stil pandrecht markeert de mededeling doorgaans het moment dat de pandhouder tot executie wil overgaan. De mededeling is in elk geval een eerste openbare stap in de uitwinning van het zekerheidsrecht en een hierna bewerkstelligde afstand frustreert die gang van zaken. Indien het feit dat er mededeling is gedaan tevens bekend is bij de pandgever, valt een nadien tot stand gebrachte afstand – zonder toestemming van de pandgever – mogelijkerwijs onder het bereik van art. 348 Sr.²⁶

De handeling die de afstand bewerkstelligt, is een rechtshandeling aangezien art. 6:160 BW voor een rechtsgeldige afstand een daartoe strekkende overeenkomst vereist. Het zijn de prestaties waartoe partijen zich in een overeenkomst van afstand verplichten – het doen van afstand van het vorderingsrecht – die verboden zijn door art. 348 Sr. In hoeverre is de overeenkomst van afstand nu nietig op grond van art. 3:40 lid 1 BW gelet op hetgeen hiervoor is uiteengezet?

Van bepalingen in het commune strafrecht – waaronder vermogensdelicten als art. 348 Sr vallen – zou gesteld kunnen worden dat zij geen andere betekenis hebben dan dat zij formeel vastleggen wat de goede zeden of de openbare orde voorschrijven.²⁷ Hoewel de Hoge Raad in *Esmilo/Mediq Apotheken* een geautomatiseerde nietigverklaring afwees in het geval door rechtshandelingen in het leven geroepen prestaties verboden zijn door de wet, kan strijdigheid met het Wetboek van Strafrecht wel een aanwijzing vormen voor het oordeel dat de inhoud of de strekking van de desbetreffende rechtshandeling in strijd is met de goede zeden of de openbare orde. Als gezegd, dient aan de hand van door de Hoge Raad geformuleerde en hiervoor weergegeven gezichtspunten te worden beoordeeld of de overeenkomst van afstand die het tenietgaan van het pandrecht tot gevolg heeft, nietig is.

Het eerste gezichtspunt draait om de vraag welke belangen door de geschonden regel worden beschermd. Indien de strekking van het wettelijk voorschrift uitsluitend de bescherming van een der bij de overeenkomst betrokken partijen is, dan is dit een gegeven dat tegen het aannemen van nietigheid wegens strijd met de goede zeden of de openbare orde pleit. De parlementaire geschiedenis noemt als strekking van art. 348 Sr de bescherming van de ‘regten van pand (...)’. Het is dus de bescherming van een burgerlijk recht dat art. 348 Sr met dreiging

van straf beoogt te borgen en niet de bescherming van een (zwakkere) partij bij een overeenkomst.²⁸ De bepaling waakt met andere woorden tegen grove veronachtzaming van de rechtmatige belangen van derden zijnde in dit geval de pandhouder. Zo achtte het Hof Amsterdam de koopovereenkomst die was aangegaan met het doel de rechtmatige rechtsuitoefening van derden krachteloos te maken, nietig wegens strijd met de goede zeden.²⁹ Ook het sluipakkoord dat de schuldeiser sloot met zijn schuldenaar waardoor rechtmatige belangen van andere schuldeisers worden aangetast, werd nietig geoordeeld wegens strijd met de goede zeden.³⁰ Ter verdere illustratie van de jurisprudentiële lijn ten aanzien van overeenkomsten die verplichten tot prestaties die belangen van derden op onredelijke wijze schaden, kan nog worden gewezen op *NJ 1928/829*. De Hoge Raad bepaalde daarin dat de overeenkomst die de commissarissen van een NV hadden gesloten met haar bestuurder nietig was omdat daarmee de belangen van de vennootschap werden opgeofferd aan die van henzelf en hun vrienden.³¹ Met betrekking tot het tweede gezichtspunt over de vraag of de schending een inbreuk op een fundamenteel beginsel inhoudt, wordt in de literatuur gewezen op beginselen die verankerd zijn in de Grondwet, het EVRM dan wel andere internationale instituten van grondrechtelijke aard.³² Art. 1 van het Protocol bij

26. Indien de afstand van het vorderingsrecht en het als gevolg daarvan tenietgaan van het pandrecht niet tot benadeling van de pandgever leiden – bijvoorbeeld omdat voldoende actief aanwezig is om de geseceureerde vordering van de pandgever te voldoen – heeft de pandgever ook geen reden zijn toestemming te weigeren. Bij een openbaar pandrecht – waarbij de mededeling het pandrecht constitueert ex art. 3:236 lid 2 jo. art. 3:94 lid 1 BW – brengt een consistente redenering mee dat de strafbaarheid in elk geval intreedt op het moment dat de pandgever aankondigt tot inning over te gaan.

27. Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-III 2014/311.

28. Bij voorschriften die zien op bescherming van een partij bij een overeenkomst lijkt niet nietigheid maar vernietigbaarheid de passende sanctie te zijn, zie Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-III 2014/320. Bij art. 348 Sr gaat het om bescherming van het recht van pand, en als de vertaalslag wordt gemaakt naar de desbetreffende rechthebbende, dan gaat het nog steeds om het recht van een derde en niet om een bij de overeenkomst betrokken partij. Vgl. het eigendomsrecht dat bijv. met art. 310 Sr (diefstal) wordt beschermd.

29. Hof Amsterdam, 12 januari 1944, *NJ 1944-1945/294*. De bestuurder van een vennootschap met uitstaande schulden had al zijn goederen aan de vennootschap verkocht. Het hof achtte niet van belang of het een reële dan wel een schijnverkoop betrof en oordeelde de koopovereenkomst nietig vanwege haar onzedelijke oorzaak. De onzedelijkheid schulde volgens het hof in het door middel van de verkoop praktisch illusoir maken van verhaal door de schuldeisers.

30. Ktr. Haarlem 13 september 1940, *NJ 1941/372*. Hier ging het om een schuldeiser die buiten het akkoord op grond waarvan hij tegen finale kwijting 40% van zijn vordering zou ontvangen, zonder medeweten van de schuldeisers voldoening van het restant van de vordering had bedongen met de schuldenaar (in fine dus 100% betaling).

31. HR 30 maart 1928, *NJ 1928/829*.

32. Het gaat dus niet om ‘fundamentele beginselen van de rechtsorde’ aangezien de Hoge Raad het laatste zinsdeel weglaat in zijn overweging. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-III 2014/325a.

het EVRM beschermt het recht op eigendom. Eigendom is hierbij niet te verstaan in de nationaal-rechtelijke terminologie, maar omvat ook vermogensrechten op zaken en andere vermogensrechten.³³ Het recht op ongehinderde uitoefening van het pandrecht valt hier onverkort onder.³⁴ De resterende gezichtspunten betreffen de bewustheid van partijen van de schending van de wet en de door de Hoge Raad aldus geformuleerde vraag of ‘de geschonden regel in een sanctie voorziet’.

Vooropgesteld zij dat bepaald niet vereist is dat partijen bij de totstandkoming van de overeenkomst het oogmerk hadden op overtreding van de wettelijke norm.³⁵ De Hoge Raad lijkt met het derde gezichtspunt aan te knopen bij hetgeen in het arrest *Burgman/Avirolanda* werd beslist ten aanzien van rechtshandelingen met een verboden strekking.³⁶ Dergelijke rechtshandelingen zijn alleen dan in strijd met de goede zeden indien partijen bij de totstandkoming van de rechtshandeling zich ervan bewust waren dat de nakoming zal leiden tot overtreding van een wettelijk verbod. Met betrekking tot een rechtshandeling met een verboden inhoud dient het bewustzijn van partijen uitdrukkelijk in de afweging van de rechter te worden betrokken. Bij de beantwoording van de vraag of partijen bij het sluiten van de overeenkomst zich bewust zijn geweest van de wetsovertreding, is een zekere objectivering aangewezen. Ook als partijen zich van de inbreuk bewust hadden moeten zijn, is dit een indicatie voor een nietigheidsoordeel.³⁷ Bij dit alles dient in het oog te worden gehouden dat de prestaties waartoe partijen zich bij een overeenkomst van afstand verplichten alleen dan in strijd zijn met art. 348 Sr indien de als gevolg daarvan intredende onttrekking opzettelijk gebeurt. Bewustheid van het bestaan van het pandrecht (en de gevolgen hiervoor van de overeenkomst van afstand) ligt reeds ingebakken in het oordeel over het verboden karakter van de contractuele prestaties. Er was reeds geconstateerd dat de pandgever uit de aard der zaak bekend is met het bestaan van het pandrecht. De debiteur van de verpande vordering is dat niet perse. Indien er sprake is van een stil pandrecht, zal de debiteur normaliter pas bekend geraken met het pandrecht wanneer hem hiervan mededeling wordt gedaan door de pandhouder dan wel de pandgever. Van de debiteur zal in elk geval na mededeling van het pandrecht in de zin van art. 3:246 BW worden aangenomen dat hij zich bewust is althans bewust moet zijn van de wetsovertreding.³⁸

Als laatste gezichtspunt dat de rechter bij zijn afweging over de geoorloofdheid van de rechtshandeling dient te betrekken, noemt de Hoge Raad het al dan niet bestaan van een sanctie op overtreding van de bewuste wettelijke norm. Niet geheel duidelijk is hoe dit criterium dient te worden opgevat. Zo is in de literatuur de vraag opgeworpen of het bestaan van een sanctie bijdraagt tot het oordeel

over de ongeldigheid of juist afbreuk doet hieraan en in het verlengde hiervan of de zwaarte van de gestelde sanctie een aanwijzing vormt voor het ene dan wel het andere oordeel.³⁹ Het lijkt onwaarschijnlijk dat een alternatieve sanctie privaatrechtelijke sanctionering uitsluit aangezien vrijwel elke wettelijke regeling in enige vorm van (publiekrechtelijke) sanctionering voorziet. Met betrekking tot de zwaarte van de sanctie lijkt eerder aannemelijk dat een zwaardere sanctie richtinggevend is voor nietigheid dan omgekeerd, aangezien de geobserveerde ernst van de gepleegde gedragingen dikwijls weerspiegeld is in de omvang van de sanctie. Dat een alternatieve sanctie geen afbreuk behoeft te doen aan nietigheid, illustreert het betrekkelijk recente arrest van de Hoge Raad inzake de nietigheid van een leenovereenkomst.⁴⁰ De geldleningsovereenkomst die was aangegaan met het doel om de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers te belemmeren, werd door ons rechtscollege wegens strijd met de goede zeden nietig geacht. Dat de *actio pauliana* – en vermoedelijk ook de bankbreukbepalingen uit het Wetboek van Strafrecht – in dit geval de geldigheid van de bewuste overeenkomst kon aantasten, stond hieraan klaarblijkelijk niet in de weg. Het lijkt daarom juist aan te nemen dat het bestaan van een strafrechtelijke sanctie op prestaties uit een overeenkomst die nopen tot het plegen van een strafbaar feit (opgenomen in het Wetboek van Strafrecht) niet behoeft te derogeren aan nietigheid van de overeenkomst.⁴¹

33. Beslissing van 8 Februari 1978 van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens in *Wiggins v. the United Kingdom* No. 7456/76.
34. EHRM 23 februari 1995, A306-B, *Gasus Dosier – und Forder-technik v Netherlands*.
35. Dit blijkt met zoveel woorden uit HR 11 mei 1951, *NJ* 1952/127 (*Flora/Van der Kamp*) en HR 15 januari 1954, *NJ* 1954/251.
36. HR 11 mei 1951, *NJ* 1952/128.
37. Zie V. van den Brink, ‘Artikel. 3:40 BW onder het mes?’, *NTBR* 2012/44.
38. Art. 348 Sr betreft een vermogensdelict in het commune strafrecht voor het plegen waarvan een gevangenisstraf kan worden opgelegd. Hiervoor werd reeds opgemerkt dat onbekendheid met deze strafbepaling (en haar toepassing) niet snel zal disculperen. Zie in dit verband over rechtsdwaling in het strafrecht De Hullu 2015, p. 355. Vgl. P.W. den Hollander, ‘De overeenkomst met een verboden inhoud of strekking en de hindernisbaan van de Hoge Raad’, *NTBR* 2013/4, die in paragraaf 5 stelt dat de ene wet de andere niet is en het gezichtspunt van bewustzijn vermoedelijk door de Hoge Raad is geïntroduceerd om genuanceerde oordelen mogelijk te maken in geval van overtreding van voorschriften in de regulerende sector (financiële dienstverlening, gezondheidszorg).
39. Den Hollander 2013, paragraaf 5.
40. HR 19 december 2014, *NJ* 2015/290 m.nt. E. Tjong Tjin Tai.
41. Den Hollander oppert in de reeds aangehaalde bijdrage in *NTBR* 2013/4 nog de optie dat de Hoge Raad met het laatste gezichtspunt ook bedoeld kan hebben op de vraag of de geschonden wet in de praktijk nog wordt gehandhaafd. Een overeenkomst zou op deze wijze niet louter op formele gronden nietig kunnen worden verklaard.

Op grond van het voorgaande lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat de overeenkomst die strekt tot afstand van het vorderingsrecht waar een pandrecht op rust onder omstandigheden nietig kan zijn op grond van art. 3:40 lid 1 BW. Die omstandigheden behelzen in de eerste plaats de mededeling van het pandrecht en de daarmee samenhangende wetenschap bij partijen van het bestaan van het pandrecht. In die situatie handelen partijen in strijd met art. 348 Sr door het vorderingsrecht opzettelijk (en wederrechtelijk) aan het pandrecht te onttrekken. Een overeenkomst die de afstand van recht constitueert, draagt daarmee een onzedelijk karakter. De in *IAE/Neo-River* gestelde gedragingen die door het hof werden gekwalificeerd als een overeenkomst van afstand, zijn dan mogelijk nietig aangezien op het moment van de afstand reeds mededeling van het pandrecht was gedaan aan Neo River. Dat zou betekenen dat het pandrecht ondanks de beoogde afstand intact bleef.

6. Andere handelingen die onttrekken aan pandrecht

Een andere wijze waarop het pandrecht teniet kan gaan door een handeling van de pandgever en de debiteur is de verrekening ingevolge art. 6:127 BW. Het rechtsgevolg van verrekening is dat de desbetreffende vorderingen tot hun gemeenschappelijke beloop teniet gaan, met de bekende consequentie voor daarop gevestigde beperkte rechten. Voor verrekening lijkt *mutatis mutandis* eenzelfde te gelden indien ten tijde van het uitbrengen van de verrekeningsverklaring en het aanvaarden ervan zowel de pandgever als de debiteur van de stil verpande vordering weet hebben van het pandrecht en de mededeling van pandrecht die is gedaan.⁴²

Hiervoor kwam reeds aan de orde dat de Hoge Raad onder onttrekken niet alleen verstaat handelingen die het tenietgaan van het pandrecht tot gevolg hebben, maar ook handelingen die ertoe strekken de uitoefening van het pandrecht te beletten. Het treffen van een betalingsregeling met de debiteur van de verpande vordering en het aan haar verlenen van uitstel van betaling – bevoegdheden die volgens de Hoge Raad gevoeglijk door de pandgever kunnen worden uitgeoefend in zijn hoedanigheid van schuldeiser – kunnen de uitoefening van het pandrecht bemoeilijken. De pandhouder wordt daardoor beperkt in zijn mogelijkheden de verpande vordering (in haar geheel) te innen en zich daaruit te voldoen. Indien de pandgever zich op die wijze inlaat met de debiteur nadat de pandgever mededeling heeft gedaan van het (stil gevestigde) pandrecht, komt art. 348 Sr in beeld omdat daarmee de uitoefening van het pandrecht wordt belemmerd. Voor de vraag of de schending van art. 348 Sr in deze gevallen tot nietigheid van de bewuste rechtshandelingen leidt, dienen de door de Hoge Raad uitgezette gezichtspunten in *Esmilio/Mediq Apotheken* te worden afgewogen. In die afweging lijkt het juist hier geen

nietigheid aan te nemen. Het treffen van een betalingsregeling en het verlenen van een uitstel van betaling werpen voor de pandgever weliswaar een drempel op voor ongestoorde uitoefening van het pandrecht, maar het betreft hier geen grove veronachtzaming van de rechten van de pandgever. Het pandrecht kan immers nog steeds worden uitgeoefend, maar ondervindt slechts hinder in temporele zin.⁴³ Eventueel kan de regeling van de *actio pauliana* en de onrechtmatige daad soelaas bieden indien de desbetreffende handelingen als benadelend moeten worden gekwalificeerd.

7. Conclusie

De uitoefening van bevoegdheden die de Hoge Raad de verpanding ten spijt uitdrukkelijk bij de pandgever achterliet lijkt niet zonder risico's. De haken en ogen manifesteren zich bij een stil pandrecht in het bijzonder indien mededeling van het pandrecht is gedaan. In dat geval is het verrichten van bepaalde handelingen mogelijk strafbaar op grond van art. 348 Sr als gevolg waarvan de nietigheidssanctie van art. 3:40 BW op de loer ligt. Betoogd is dat bij afstand van de verpande vordering en bij verrekening de daartoe strekkende rechtshandelingen nietig zijn op grond van art. 3:40 BW indien ten tijde van de handelingen reeds mededeling is gedaan van het pandrecht en partijen dientengevolge zich bewust zijn van het bestaan van het pandrecht. De in *IAE/Neo-River* aan de orde zijnde overeenkomst van afstand zou op deze wijze door nietigheid worden getroffen aangezien ten tijde van de afstand van recht mededeling van het pandrecht was gedaan aan Neo River. Ten aanzien van betalingsarrangementen die niet tot het tenietgaan van het pandrecht leiden, is gesteld dat deze geen nietigheid opleveren.

De conclusie luidt dat wat de pandgever denkt met *IAE/Neo-River* in handen te krijgen, hem denkkelijk door art. 348 Sr in samenhang met art. 3:40 BW in ieder geval ten aanzien van bepaalde bevoegdheden weer wordt ontnomen.

42. Opmerking verdient dat indien het debiteur van de verpande vordering is die zich na de mededeling op verrekening beroept, art. 6:130 lid 1 jo. lid 2 BW hem niet alleen de bevoegdheid daartoe verleent, maar aangenomen mag worden dat die bepaling ook de betamelijkheid van die handeling buiten twijfel stelt. Het doel van die bepaling is immers waarborgen dat de debiteur door het vestigen van het pandrecht er niet vermogensrechtelijk op achteruit gaat. Zie Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV, 2013/357.

43. Dit is anders indien de pandgever en de debiteur bij het verrichten van de genoemde handelingen het oogmerk hadden op overtreding van art. 348 Sr, met andere woorden op de (wederrechtelijke) onttrekking aan het pandrecht. In dat geval is nietigheid wel degelijk aangewezen, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/311. Vgl. het reeds besproken arrest van de Hoge Raad waarin partijen in de overeenkomst hun kwalijke bewegredenen hadden opgenomen.